

Tutela de Urgência

ANÁLISE DA TUTELA ANTECIPADA PREVISTA NO RELATÓRIO FINAL DA CÂMARA DOS DEPUTADOS EM RELAÇÃO AO NOVO CPC

DA TUTELA DE EVIDÊNCIA E DA TUTELA SATISFATIVA ÚLTIMA PARTE

ARTUR CÉSAR DE SOUZA

Pós-Doutor pelas seguintes Universidades: Università Statale di Milano (Itália); Universidad de Valencia (Espanha); Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC. Doutor em Direito das Relações Sociais pela Universidade Federal do Paraná – UFPR. Mestre em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina. Pós-Doutorando pela Universidade de Direito de Lisboa, sob orientação do Prof. Jorge Miranda. Pesquisador da Capes. Professor da Unifil – Centro Universitário Filadélfia de Londrina. Juiz Federal auxiliar da Vice-Presidência do TRF-4.^a Reg.

Recebido em: 30.05.2014

Aprovado em: 15.07.2014

ÁREA DO DIREITO: Processual; Civil

RESUMO: O Relatório final da Câmara dos Deputados sobre o Projeto do novo CPC, elaborado pelo Deputado Federal Paulo Teixeira, encontra-se em via de ser aprovado na Câmara dos Deputados e será novamente submetido ao Senado Federal. Neste trabalho, apresenta-se a última parte sobre as mudanças introduzidas no Livro V do PL 2.046/2010 do novo CPC, especialmente em relação ao Título das Tutelas Antecipadas com base na evidência e na urgência de natureza satisfativa, fazendo-se, na medida do possível, um comparativo entre o Relatório final da Câmara dos Deputados e o projeto originário proveniente do Senado Federal.

PALAVRAS-CHAVE: Tutela Antecipada – Urgência – Cautelar – Satisfativa – Evidência.

ABSTRACT: Final Report of the House of Representatives on the bill of the new CPC, drafted by Congressman Paul Teixeira, is about to be passed in the House of Representatives and will be put before the Senate. This paper presents the second part of the changes introduced in Book V of the project n. 2.046/10 new CPC, especially in relation to the title of Guardianship Advance based on evidence and urgency nature satisfava, doing, as far as possible, a comparison between the final Report of the House of Representatives and the design originating from the Senate.

KEYWORDS: Early Trusteeship – Urgency – Injunction – Satisfativa – Evidence.

SUMÁRIO: 1. Da tutela de evidência: 1.1 Considerações gerais; 1.2 Crítica às hipóteses legais de tutela de evidência – Art. 306 do Projeto do novo CPC; 1.3 Tutela de evidência – Racionalização econômica do sistema vigente; 1.4 Tutela de evidência – Independe do *periculum in mora*; 1.5

Tutela de evidência – Concessão *ex officio*; 1.6 Tutela de Evidência – Hipóteses legais: 1.6.1 Abuso de Direito de Defesa ou Manifesto Propósito Protelatório da parte; 1.6.2 Pedidos incontroversos – Julgamento parcial do mérito; 1.6.3 Inexistência de prova capaz de gerar dúvida objetiva; 1.6.4 Julgamento de casos repetitivos e súmula vinculante; 1.6.5 Pedido reipersecutório – 2. Da tutela antecipada satisfativa com base na urgência: 2.1 Art. 304 do Projeto do novo CPC; 2.2 Aditamento da petição inicial – Inserção do pedido principal; 2.3 Marco inicial da contagem do prazo para o aditamento da inicial; 2.4 Juntada de novos documentos; 2.5 Intimação do réu sobre a concessão da medida antecipada; 2.6 Consequências jurídicas do não aditamento da petição inicial; 2.7 Indeferimento da tutela antecipada – Consequências jurídicas; 2.8 Estabilidade da tutela antecipada satisfativa; 2.9 Revisão da estabilidade ou ultratividade da tutela antecipada; 2.10 Prazo decadencial para reforma ou invalidação da tutela antecipada.

1. DA TUTELA DE EVIDÊNCIA

1.1 Considerações gerais

A tutela satisfativa concedida antecipadamente pode ter como fundamento a urgência ou a evidência.

O Min. Luiz Fux estabeleceu uma divisão das tutelas sumárias em duas espécies, a saber: (a) tutelas de segurança; e (b) tutelas de evidência.

A tutela satisfativa imediata compatibiliza-se com aquilo que se denomina de “situação de segurança” e “situação de evidência”.¹

O novo CPC faz uma nítida distinção entre *tutela de evidência* e *tutela de urgência*, para efeito de concessão de tutela antecipada.

A tutela de evidência, que já fazia parte de nosso ordenamento jurídico sob a égide do CPC de 1973, e mantida pelo novo CPC, é conhecida, no direito italiano, como *tutela sumária*, uma vez que o ordenamento jurídico italiano distingue a tutela sumária da tutela sumária cautelar.

A tutela sumária, no direito italiano, está bem delineada no art. 186-bis do Código de Processo Civil italiano, a saber: “Mediante pedido da parte o juiz instrutor pode dispor, até o momento da definição das conclusões, o pagamento das somas não contestadas pela parte contrária. Se o pedido for efetuado fora da audiência, o juiz dispõe sobre o comparecimento das partes e determina o prazo para a notificação. A ordem constitui título executivo e conserva sua eficácia no caso de extinção do processo. A ordem está sujeita à disciplina das ordens revogáveis previstas nos arts. 177, primeiro e segundo incisos, e 178, inc. primeiro”.

Segundo Costantino, “a tutela sumária não cautelar seria própria dos provimentos determinados pela exigência de econômica processual ou naqueles em que o

1. FUX, Luiz *Tutela de segurança e tutela de evidência. Fundamentos da tutela antecipada*. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 57.

perigo da demora seria ‘in re ipsa’ (em suma, um conjunto de presunções ‘iuris et de iure’), enquanto que a tutela sumária cautelar seria caracterizada pela valoração, em concreto, do prejuízo em razão da demora”.²

Na verdade, a tutela prevista no art. 186-bis do CPC italiano vai além de uma tutela sumária, pois efetivamente está-se diante de uma tutela de evidência, uma vez que o juiz instrutor defere à parte o *pagamento de somas não contestadas* pela parte contrária, ou seja, de valores *incontroversos*, o que justifica a concessão de uma tutela com base na evidência.

O novo CPC brasileiro foi mais feliz ao denominar a tutela que é concedida quando não há contestação sobre determinado pedido formulado na petição inicial, como sendo tutela de *evidência*.

O instituto jurídico denominado *tutela de evidência*, desde o seu nascedouro, já vem despertando certa preocupação quanto ao seu sentido ambíguo e tecnicamente impreciso. Tanto é, que o Senador Francisco Dornelles apresentou a Emenda 32 (I.7.32) ao projeto originário do novo CPC sugerindo a alteração das designações do Título IX do Livro I e da sua Seção III. Pela emenda, a expressão “tutela de evidência” seria substituída pela denominação “tutela de direito aparente”. Argumentou o Senador ser tecnicamente imprecisa a referência à “tutela de evidência”, uma vez que o que mereceria tutela seria o direito material da parte (daí a referência a “tutela do direito aparente”) e não eventual *evidência* que nada mais é do que uma espécie de critério de persuasão racional. Ademais, o termo “evidência” apresenta o inconveniente de insinuar a verificação de uma certeza que não existe nessa forma de tutela.

Contudo, a Emenda 32 apresentada pelo Senador Francisco Dornelles foi rejeitada pelo Relator do projeto originário com a seguinte fundamentação: “Rejeitamos a Emenda 32, tendo em vista que a expressão adotada pelo projeto é adequada. A expressão ‘tutela de evidência’ é consagrada pela doutrina como uma das espécies de tutela possíveis no processo civil, sendo apropriada para os casos em que o direito da parte revela-se evidente, tal como o direito líquido e certo. Dessa forma, não vemos razão para substituir uma expressão abalizada pela doutrina, até porque expressão proposta não representa uma melhora significativa”.

Para melhor se compreender a polêmica surgida entre as expressões *tutela de evidência* e *tutela de direito aparente*, há necessidade de se definir o que se entende por *evidência*.

Para Rui Cunha Martins, professor da Universidade de Coimbra, “evidente” é o que dispensa prova; é um simulacro de autorreferenciabilidade, pretensão de uma justificação centrada em si mesmo; a evidência corresponde a uma satisfação de-

2. VERDE, Felippo. *I provvedimenti cautelari- la nuova disciplina*. Padova: Cedam, 2006. p. 10.

masiado rápida perante indicadores de mera plausibilidade. Segundo o professor de Coimbra, de alguma maneira a evidência *instaura um “desamor ao contraditório”*.³

Neste sentido se dirá, por exemplo, que o “Estado Democrático de Direito” será, de facto, tanto mais democrático e de direito, consoante os mecanismos destinados a assegurar os seus princípios basilares apresentem, pela sua parte, um grau tão mínimo quanto possível de contaminação pelas expressões da evidência.⁴

Mas seria possível constranger a evidência? Idealmente, sim. Existem, pelo menos, mecanismos expressamente destinados a essa função. Cada um à sua maneira, a prova, a convicção, ou o próprio processo destinam-se a assegurar o estabelecimento de limites frente à pulsão devoradora da evidência. O problema que se coloca é, porém, o da efetividade do respectivo desempenho. Ora, trata-se de uma missão de algum modo condenada ao fracasso – não apenas nenhum daqueles operadores alcança níveis de total satisfação regulatória, como se verifica a sua tendencial “contaminação” pelo registro da evidência.⁵

Em trabalho realizado conjuntamente com Fernando Gil, Rui Cunha Martins aduz:

“Admitindo-se (conforme autorizam estudos prévios em torno da noção de verdade) a existência simultânea de uma verdade da evidência e de uma verdade da prova, admissível se torna que a verdade da evidência seja alheia à ideia de processo, enquanto que a verdade da prova não o deverá ser. Eis o motivo: diferentemente da prova, a evidência não remete para dispositivos exteriores de avaliação, porque ela constitui um desdobramento do sentido na indicação de sua própria verdade, pondo-se por si, quer dizer, ‘alucinando’. Significa isto o seguinte: que será, desejavelmente, à prova que vai caber trabalhar a verdade de modo não alucinatório; que, assim sendo, a prova deverá desempenhar, de alguma maneira, um efeito de correcção sobre esse carácter alucinatório; e que, sempre em termos ideais, será ainda a prova a retirar a verdade do albergue da evidência, sujeitando-a ao processo.”⁶

Porém, a ‘evidência’ prevista no novo CPC não é simples insinuação, pois agencia concretizações e desempenhos, integrando um painel de valências de qualquer mecanismo para aferição do verdadeiro.⁷

Mas, conforme se afirmou, a “evidência” não depende de prova, pelo menos não de prova fraca, pois a prova fraca é aquela que se satisfaz com a verossimilhança,

3. MARTINS, Rui Cunha. *O ponto cego do direito – The brasilian lessons*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 1-8.

4. Idem, *ibidem*.

5. Idem, *ibidem*.

6. Idem, *ibidem*.

7. Idem, *ibidem*.

enquanto que a evidência é um critério que vai muito mais além da verossimilhança, exigindo, apesar do paradoxo, a existência de “prova forte”.

Conforme afirma Rui Cunha Margins, “a prova forte revela-se de imediato ‘demasiado forte’ – e, nesse momento, se essa demasia se dá nos termos de uma ostensão de feição alucinatória, ela resvala sem escape para o terreno da evidência, a qual, veja-se a ironia, tende a dispensar a prova. Paradoxo inescapável, ainda assim. É que a vertigem alucinatória da prova não decorre de uma momentânea apetência desviante, prendendo-se antes com uma das suas vertentes constitutivas mais nucleares, ainda que das menos ditas. Chamar-lhe-ei a ‘percepção do destinatário’. Porque provar é em boa medida convencer”.⁸

Portanto, resumindo o pensamento do eminente jurista português, entende-se por evidente o que dispensa prova. Simulacro de autorreferencialidade, pretensão de uma justificação centrada em si mesmo.

A evidência, como efeito alucinatório em razão da “prova forte” que se revela “demasiado forte”, por ironia, acaba por dispensar a prova.

Daí, porque, discordamos de Fredie Didier Jr., quando afirma que o mandado de segurança seria uma *tutela da evidência*, pois, para a concessão do mandado de segurança fundado em direito líquido e certo, há necessidade de *prova préconstituída*. Na realidade, se se tratasse de *evidência*, no seu sentido técnico de meio de convencimento, conforme bem afirmou Rui Cunha Martins, paradoxalmente, *pela sua força alucinatória de convencimento*, dispensaria a prova.

A evidência, portanto, não é o objeto da *tutela jurisdicional*, mas critério de persuasão de concessão de tutela jurisdicional.

Assim, estava correto o Senador Francisco Dornelles ao apresentar a Emenda 32, pois a evidência não é tutelável, uma vez que a tutela jurisdicional se presta a proteger o direito material com base na evidência.

1.2 Crítica às hipóteses legais de tutela de evidência – Art. 306 do Projeto do novo CPC

A tutela de evidência será concedida, independentemente de demonstração do perigo da demora da prestação da tutela jurisdicional, quando:

I – ficar caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório da parte;

II – as alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documental e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante;

8. Idem, ibidem.

III – se tratar de pedido reipersecutório fundado em prova documental adequada do contrato de depósito, caso em que será decretada a ordem de entrega do objeto custodiado, sob cominação de multa.”

As hipóteses lastreadas nos incs. II e III do art. 306 do novo CPC podem ser concedidas liminarmente.

Muito embora o art. 306 do Projeto do novo CPC pretenda indicar as hipóteses legais que caracterizam o critério de “evidência” para efeito de concessão de tutela antecipada, o certo é que em algumas das circunstâncias referidas no dispositivo não se enquadram como “evidência”, principalmente pelo fato de que, conforme afirmou Rui Cunha Martins, não *dispensam a prova*.

Na realidade, somente o inc. I do art. 306 do novo CPC poderia ser considerado, na sua essência, como efetivo critério que demonstra a *evidência*.

Quando ficar caracterizado abuso de direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu, a tutela prestada com base na “evidência” poderá ser concedida antecipadamente.

As hipóteses do inc. I do art. 306 do novo CPC não estão vinculadas à prova, seja ela fraca ou forte, pois a evidência decorre de um comportamento do réu que será sancionado com a antecipação da tutela jurisdicional. Este critério age como impedimento específico diante de quem esteja inclinado a fazer do processo um instrumento ideal para o emprego de táticas dilatórias e indevidas obstruções, com grave prejuízo à lealdade do procedimento.⁹

A hipótese do inc. II também exige que as alegações de fato estejam comprovadas apenas documental e haja tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante.

Novamente a prova passa a ser o critério essencial para a concessão da tutela, e não a simples “evidência”.

O inc. III também preconiza um critério probatório para a concessão da tutela antecipada com base na evidência, ou seja, quando se tratar de pedido reipersecutório fundado em prova documental adequada. Prova documental e não evidência é o fundamento para a concessão da tutela antecipada.

De qualquer sorte, as hipóteses previstas no art. 306 do novo CPC têm por finalidade garantir a celeridade e a economia da atividade jurisdicional, em nome da efetividade das formas de tutela constituídas de acordo com a situação da subjetividade trazida em juízo.

9. COMOGLIO, Luigi Paolo; FERRI, CORRADO; TARUFFO, Michele. *Lezioni sul processo civile. I. Il processo ordinario di cognizione*. Bologna: Il Mulino, 2006. p. 494.

1.3 Tutela de evidência – Racionalização econômica do sistema vigente

Segundo ficou consagrado na exposição de motivos do PL 166/2010, o novo CPC agora deixa clara a possibilidade de concessão de tutela de urgência e de tutela à evidência. Considerou-se conveniente esclarecer de forma expressa que a resposta do Poder Judiciário deve ser rápida não só em situações em que a urgência decorre do risco de eficácia do processo e do eventual perecimento do próprio direito. Também em hipóteses em que as alegações da parte se revelem de juridicidade ostensiva deve a tutela ser antecipadamente (total ou parcialmente) concedida, independentemente de *periculum in mora*, por não haver razão relevante para a espera, até porque, via de regra, a demora do processo gera agravamento do dano.

Assim, ao contrário da tutela urgência (cautelar ou satisfativa), a concessão de tutela de evidência representa a antecipação de forma definitiva do mérito do pedido principal, independentemente da comprovação de existência de dano irreparável ou de difícil reparação, ou seja, da comprovação do *periculum in mora*, ou como preconiza o novo CPC *perigo da demora da prestação da tutela jurisdicional*.

O que se pretende com a instituição da tutela de evidência é, na verdade, uma *racionalização econômica do sistema existente*, com plena valorização da rápida e eficaz prestação jurisdicional, evitando o prolongamento da demanda quando o princípio da econômica processual recomenda, diante de circunstâncias expressamente discriminadas em lei, a entrega antecipada daquilo que se pretendia ao final do procedimento de cognição exauriente.

Segundo bem anota Luigi Paolo Comoglio et al, ao analisar a reforma processual ocorrida na Itália pela Lei 353, de 26.11.1990: “Parece oportuno, a propósito, recordar e distinguir: (a) de um lado, uma prospectiva estrutural ou funcional que se vincula à razoável necessidade de se garantir antecipadamente a quem, no momento final do julgamento, resulte ter razão uma gama ‘efetiva’ de formas interinais e imediata de tutelas, obtidas no curso do procedimento; (b) de outro lado, uma prospectiva de tipo dinâmico ou comportamental, destinadas à necessidade de controlar as possíveis formas de condutas ‘desviantes’ dos sujeitos processuais, com o fim de desencorajar todo abuso no exercício dos instrumentos de ação ou de defesa”.¹⁰

O CPC italiano, nos seus arts. 186-bis a 186-quater, traz hipóteses de típica tutela de evidência, pois, mediante requerimento da parte, o juiz instrutor pode dispor, até o momento da definição das conclusões, sobre o pagamento das somas não contestadas pela parte contrária. Se o requerimento é efetivado fora da audiência, o juiz dispõe sobre o comparecimento das partes e assina o prazo para a notificação.

10. Idem, *ibidem*.

A decisão constitui título executivo e conserva a sua eficácia no caso de extinção do processo.

A inserção no CPC italiano dos arts. 186-bis a 186-quater permite focalizar duas importantes perspectivas: “1) por um lado, tanto a possibilidade de emanção de ‘provimento antecipatórios de condenação’ no curso do juízo de primeiro grau (ex art. 186 bis, 186 ter, 186 quater, c.p.c.), quanto a generalizada da ‘execução provisória’ da sentença que o define (no novo art. 282), são na verdade uma expressão harmônica e complementar da tendência de fundo à plena valorização do procedimento de primeiro grau; 2) por outro lado, ambas as inovações assumem uma direção, por assim dizer, sancionatória, como força bélica no confronto em relação a quem esteja inclinado a fazer do processo um instrumento ideal para emprego de táticas dilatórias e de obstrução, com grave prejuízo para a lealdade do procedimento (art. 88, inc. 1; 175, inciso, c.p.c.) assim como para os próprios fins da justiça substancial”.¹¹

Portanto, com a inserção no processo de cognição plena da tutela de evidência, o legislador pretende também realçar outros valores, sendo, o primeiro, a exigência de celeridade e de economia do julgamento, em nome da efetividade das formas de tutela constituídas de acordo com as situações subjetivas acionadas, e, o segundo, o reforço à exigência, na atual crise de justiça, de uma prevenção sistemática em relação a qualquer uso distorcido dos instrumentos ou dos direitos processuais, procurando introduzir novas perspectivas no âmbito dos costumes forense e judiciários.

Segundo anota Luigi Paolo Comoglio, o único efeito colateral é, dado o risco de uma “sumarização” excessiva do processo de cognição em primeiro grau, na ânsia da agilização da prestação da tutela, por em risco a própria essência da decisão judicial que é a realização da Justiça.¹²

1.4 Tutela de evidência – *Independe do periculum in mora*

Segundo estabelece o art. 306 do novo CPC, “a tutela da evidência será concedida, independentemente da demonstração de perigo da demora da prestação da tutela jurisdicional, quando (...)”.

Em regra, as tutelas antecipadas satisfativas impõem a presença da comprovação do requisito *periculum in mora*, especialmente quando têm por fundamento a urgência.

O art. 306 do novo CPC, diante de determinadas circunstâncias fáticas jurídicas, as quais podemos denominar de *evidências*, dispensa a comprovação ou demonstração do risco de perigo na demora da prestação da tutela jurisdicional.

11. Idem, p. 493.

12. Idem, p. 494.

Conforme já afirmara Dinamarco sob a égide do art. 273 do CPC de 1973: “A concessão de medidas antecipatórias não se liga sempre a uma situação de urgência, ou ‘*periculum in mora*’. Essa é apenas uma das hipóteses em que elas devem ser concedidas (art. 273, inc. I). Mas têm cabimento também, independentemente de qualquer situação de perigo, a) como sanção à malícia processual do demandado que procura retardar o fim do processo (art. 273, inc. II) ou b) como modo de prestigiar um direito que a ordem jurídica reputa mais forte e digno de maiores atenções, como a posse turbada ou esbulhada (interditos possessórios). Mesmo nessas hipóteses, as antecipações tutelares têm como objetivo evitar os males do tempo, no caso o chamado ‘dano marginal’ decorrente de esperas que de outro modo seriam inevitáveis”.¹³

Justamente pelo fato de que as circunstâncias que denotam a evidência garantem, por si só, a efetiva demonstração da pretensão formulada em juízo, independentemente de instrução processual, é que a concessão deste tipo de tutela depende da demonstração do *periculum in mora*.

Aliás, foi justamente pelo fato de que a concessão de tutela de evidência não exige o *periculum in mora* que o STJ fez a distinção entre indisponibilidade de bens como medida cautelar e a indisponibilidade de bens como tutela de evidência prevista no art. 7.º da Lei 8.429/1992 (Lei de Improbidade Administrativa). Nesse sentido é o seguinte precedente:

“Administrativo. Ação civil pública por improbidade administrativa. Medida cautelar de indisponibilidade de bens. Art. 7.º da Lei 8.429/1992. Tutela de evidência. Cognição sumária. *Periculum in mora*. Excepcional presunção. Fundamentação necessária. *Fumus boni iuris*. Necessidade de comprovação. Constrição patrimonial proporcional à lesão e ao enriquecimento ilícito respectivo. Bens impenhoráveis. Exclusão.

1. Trata-se de recurso especial em que se discute a possibilidade de se decretar a indisponibilidade de bens na Ação Civil Pública por ato de improbidade administrativa, nos termos do art. 7.º da Lei 8.429/1992, sem a demonstração do risco de dano (*periculum in mora*), ou seja, do perigo de dilapidação do patrimônio de bens do acionado.

2. Na busca da garantia da reparação total do dano, a Lei 8.429/1992 traz em seu bojo medidas cautelares para a garantia da efetividade da execução, que, como sabemos, não são exaustivas.

Dentre elas, a indisponibilidade de bens, prevista no art. 7.º do referido diploma legal.

13. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Nova era do processo civil*. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 59.

3. As medidas cautelares, em regra, como tutelas emergenciais, exigem, para a sua concessão, o cumprimento de dois requisitos: o *fumus boni juris* (plausibilidade do direito alegado) e o *periculum in mora* (fundado receio de que a outra parte, antes do julgamento da lide, cause ao seu direito lesão grave ou de difícil reparação).

4. No caso da medida cautelar de indisponibilidade, prevista no art. 7.º da LIA, não se vislumbra uma típica tutela de urgência, como descrito acima, mas sim uma tutela de evidência, uma vez que o *periculum in mora* não é oriundo da intenção do agente dilapidar seu patrimônio e, sim, da gravidade dos fatos e do montante do prejuízo causado ao erário, o que atinge toda a coletividade. O próprio legislador dispensa a demonstração do perigo de dano, em vista da redação imperativa da Constituição Federal (art. 37, § 4.º) e da própria Lei de Improbidade (art. 7.º).

5. A referida medida cautelar constritiva de bens, por ser uma tutela sumária fundada em evidência, não possui caráter sancionador nem antecipa a culpabilidade do agente, até mesmo em razão da perene reversibilidade do provimento judicial que a deferir.

6. Verifica-se no comando do art. 7.º da Lei 8.429/1992 que a indisponibilidade dos bens é cabível quando o julgador entender presentes fortes indícios de responsabilidade na prática de ato de improbidade que cause dano ao Erário, estando o *periculum in mora* implícito no referido dispositivo, atendendo determinação contida no art. 37, § 4.º, da Constituição, segundo a qual 'os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível'.

7. O *periculum in mora*, em verdade, milita em favor da sociedade, representada pelo requerente da medida de bloqueio de bens, porquanto esta Corte Superior já apontou pelo entendimento segundo o qual, em casos de indisponibilidade patrimonial por imputação de conduta ímproba lesiva ao erário, esse requisito é implícito ao comando normativo do art. 7.º da Lei 8.429/1992. Precedentes: (REsp 1.315.092/RJ, rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, rel. p/ acórdão Min. Teori Albino Zavascki, 1.ª T., j. 05.06.2012, DJe 14.06.2012; AgRg no Ag em REsp 133.243/MT, rel. Min. Castro Meira, 2.ª T., j. 15.05.2012, DJe 24.05.2012; MC 9.675/RS, rel. Min. Mauro Campbell Marques, 2.ª T., j. 28.06.2011, DJe 03.08.2011; EDcl no REsp 1.211.986/MT, rel. Min. Herman Benjamin, 2.ª T., j. 24.05.2011, DJe 09.06.2011.

8. A Lei de Improbidade Administrativa, diante dos velozes trâfegos, ocultamento ou dilapidação patrimoniais, possibilitados por instrumentos tecnológicos de comunicação de dados que tornaria irreversível o ressarcimento ao erário e devolução do produto do enriquecimento ilícito por prática de ato ímprobo, buscou dar efetividade à norma afastando o requisito da demonstração do *periculum in mora* (art. 823 do CPC), este, intrínseco a toda medida cautelar sumária (art. 789 do CPC), admitindo que tal requisito seja presumido à preambular garantia de

recuperação do patrimônio do público, da coletividade, bem assim do acréscimo patrimonial ilegalmente auferido.

9. A decretação da indisponibilidade de bens, apesar da excepcionalidade legal expressa da desnecessidade da demonstração do risco de dilapidação do patrimônio, não é uma medida de adoção automática, devendo ser adequadamente fundamentada pelo magistrado, sob pena de nulidade (art. 93, IX, da CF), sobretudo por se tratar de constrição patrimonial.

10. Oportuno notar que é pacífico nesta Corte Superior entendimento segundo o qual a indisponibilidade de bens deve recair sobre o patrimônio dos réus em ação de improbidade administrativa de modo suficiente a garantir o integral ressarcimento de eventual prejuízo ao erário, levando-se em consideração, ainda, o valor de possível multa civil como sanção autônoma.

11. Deixe-se claro, entretanto, que ao juiz responsável pela condução do processo cabe guardar atenção, entre outros, aos preceitos legais que resguardam certas espécies patrimoniais contra a indisponibilidade, mediante atuação processual dos interessados – a quem caberá, por exemplo, fazer prova que determinadas quantias estão destinadas a seu mínimo existencial.

12. A constrição patrimonial deve alcançar o valor da totalidade da lesão ao erário, bem como sua repercussão no enriquecimento ilícito do agente, decorrente do ato de improbidade que se imputa, excluídos os bens impenhoráveis assim definidos por lei, salvo quando estes tenham sido, comprovadamente, adquiridos também com produto da empreitada ímproba, resguardado, como já dito, o essencial para sua subsistência.

13. Na espécie, o Ministério Público Federal quantifica inicialmente o prejuízo total ao erário na esfera de, aproximadamente, R\$ 15.000.000,00 (quinze milhões de reais), sendo o ora recorrente responsabilizado solidariamente aos demais agentes no valor de R\$ 5.250.000,00 (cinco milhões e duzentos e cinquenta mil reais). Esta é, portanto, a quantia a ser levada em conta na decretação de indisponibilidade dos bens, não esquecendo o valor do pedido de condenação em multa civil, se houver (vedação ao excesso de cautela).

14. Assim, como a medida cautelar de indisponibilidade de bens, prevista na LIA, trata de uma tutela de evidência, basta a comprovação da verossimilhança das alegações, pois, como visto, pela própria natureza do bem protegido, o legislador dispensou o requisito do perigo da demora. No presente caso, o Tribunal a quo concluiu pela existência do *fumus boni iuris*, uma vez que o acervo probatório que instruiu a petição inicial demonstrou fortes indícios da ilicitude das licitações, que foram suspostamente realizadas de forma fraudulenta. Ora, estando presente o *fumus boni iuris*, como constatado pela Corte de origem, e sendo dispensada a demonstração do risco de dano (*periculum in mora*), que é presumido pela norma, em razão da gravidade do ato e a necessidade de garantir o ressarcimento do patri-

mônio público, conclui-se pela legalidade da decretação da indisponibilidade dos bens.

15. Recurso especial não provido” (STJ, REsp 1.319.515/ES, rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, rel. p/ acórdão Min. Mauro Campbell Marques, 1.ª Seção, j. 22.08.2012, DJe 21.09.2012).

1.5 Tutela de evidência – Concessão *ex officio*

Ao contrário do que estabelecia o art. 273 do CPC de 1973, o art. 306 do novo CPC não traz expressamente consignado que a tutela de evidência somente poderá ser deferida pelo juiz mediante *requerimento da parte interessada*.

Sobre a necessidade de requerimento da parte interessada para a concessão de tutela antecipada (art. 273 do CPC de 1973), anotava Dinamarco: “Às antecipações de tutela não se aplica, todavia, a fundamental razão política pela qual as medidas cautelares incidentes devem ser concedidas de ofício, porque aquelas não se destinam a dar apoio a um processo e ao correto exercício da jurisdição, mas a favorecer uma das partes em suas relações com a outra ou como o bem da vida em disputa. Torna-se relevante, nesse ponto, a distinção conceitual entre medida cautelar e antecipação de tutela, segundo a qual uma é instrumental ao processo e a outra não (supra nn. 23 e 24). Enquanto se trata de impedir que o tempo e a malícia de uma das partes corra o exercício da jurisdição e de preservar a imperatividade e eficácia das decisões judiciais, legitima-se o superamento da regra de inércia da jurisdição, prevalecendo as garantias constitucionais do devido processo legal sobre a regra ‘*nemo iudex sine actore*’; mas, quando se pensa em oferecer a uma das partes, antecipadamente, a posse ou fruição de bens ou situações jurídicas no mundo exterior, retomam força e vigor as disposições dos arts. 2.º e 262 do CPC, para que o juiz dependa sempre da provocação do interessado. Não é dado a este o poder de conceder tutelas jurisdicionais antecipadas, quer antes da instauração do processo, quer na pendência deste – e essa norma está expressa no corpo do art. 273 do CPC, quando estatui que as antecipações poderão ser concedidas a requerimento da parte”.¹⁴

Ocorre que, pela sistemática procedimental das tutelas de urgência e tutelas de evidência do novo CPC, no projeto originário do novo CPC o legislador somente em relação às tutelas cautelares de urgência, vinculadas ao *periculum in mora*, permitiu a sua concessão *ex officio*. Era o que dispõe o art. 302 do novo CPC: “O juiz poderá conceder tutela antecipada *cautelar de oficio*, incidentalmente, em casos excepcionais ou expressamente autorizados por lei”.

14. Idem, p. 79.

Assim, por uma questão de interpretação sistemática, o juiz somente poderia conceder medidas de ofício quando se tratasse de medidas cautelares com base na urgência.

Porém, na aprovação do Relatório Final da Câmara dos Deputados, que fora enviado ao Congresso Nacional, não se menciona mais a possibilidade de o juiz conceder tutela antecipada *ex officio*, nem mesmo em caráter de urgente.

Porém, mesmo que não haja expressa permissão legal para que o juiz possa conceder antecipação de tutela com base na urgência, é certo que em relação a determinadas demandas envolvendo interesse público e social, família, criança e adolescente, idosos, enfermos etc., poderá o juiz conceder medidas de urgência *ex officio*, com base em princípios constitucionais.

1.6 Tutela de Evidência – Hipóteses legais

As hipóteses que caracterizam a *evidência* para efeito de antecipação de tutela estão previstas no art. 306 do novo CPC, a saber:

1.6.1 Abuso de Direito de Defesa ou Manifesto Propósito Protelatório da parte

A Constituição Federal brasileira, ao estruturar o princípio do *due process of law* com base na observância do contraditório e da ampla defesa, pois sem o contraditório (essência do processo) não se pode falar em um processo justo e *equo* num Estado Democrático de Direito, jamais teve por objetivo legitimar eventuais abusos de direito de defesa ou propósitos protelatórios daqueles que participam da dialética na relação jurídica processual.

Na realidade, todo e qualquer abuso deve ser rigorosamente combatido, seja ele decorrente do direito de ação, seja ele proveniente do direito de defesa, razão pela qual o Relatório Final da Câmara dos Deputados não menciona apenas o abuso para parte do réu, mas, sim, o abuso praticado pelas “partes”.

Evidencia-se o abuso do direito de defesa quando o réu tenta se utilizar de diversos mecanismos de defesa, os quais, ou por serem ineficazes ou por sua inadequação jamais poderiam colocar em dúvida a evidência do direito do autor.

Há manifesto propósito protelatório, quando o réu vale-se de expedientes que apenas procuram retardar a efetividade da tutela jurisdicional.

A utilização sem qualquer finalidade útil de embargos de declaração, recursos, contestação etc., poderá, dependendo do caso, caracterizar manifesto propósito protelatório do réu no uso e abuso de seu direito de defesa.

A indicação de fatos sabidamente inexistentes, o requerimento de provas imperinentes podem caracterizar o abuso de direito de defesa.

Sobre o abuso do direito de defesa, anota Luiz Guilherme Marinoni:

“A preocupação exagerada com o direito de defesa, fruto de uma visão excessivamente comprometida com o liberalismo, não permitiu, por muito tempo, a percepção de que o tempo do processo não pode ser um ônus somente do autor. Edoardo Ricci, escrevendo sobre o projeto Rognoni (de reforma do processo civil italiano), alertou para o fato de que as resistências dilatórias são tanto mais encorajantes quanto mais o processo – graças a sua duração – se presta a premiar a resistência como fonte de vantagens econômicas, fazendo parecer mais conveniente esperar a decisão desfavorável do que adimplir com pontualidade. O abuso do direito de defesa é mais perverso quando o autor depende economicamente do bem da vida perseguido, hipótese em que a protelação acentua a desigualdade entre as partes, transformando o tão decantado princípio da igualdade em uma abstração irritante.

Poucos se dão conta que, em regra, o autor pretende uma modificação da realidade empírica e o réu deseja a manutenção do ‘status quo’. Essa percepção, até banal, da verdadeira realidade do processo civil, é fundamental para a compreensão da problemática do tempo do processo ou do conflito entre o direito à tempestividade da tutela jurisdicional e o direito à cognição definitiva.

Em qualquer processo civil há uma situação concreta, uma luta por um bem da vida, que incide de modo radicalmente oposto sobre as posições das partes. A disputa pelo bem da vida perseguido pelo autor, justamente porque demanda tempo, somente pode prejudicar o autor que tem razão e beneficiar o réu que não tem.

Em um ‘processo condenatório’, a demora na obtenção do bem significa a sua preservação no patrimônio do réu. Quanto maior for a demora do processo maior será o dano imposto ao autor e, por consequência, maior será o benefício conferido ao réu.

O sistema processual civil, para atender ao princípio constitucional da efetividade, deve ser capaz de racionalizar a distribuição do tempo do processo e de inibir as defesas abusivas, que são consideradas, por alguns, até mesmo direito do réu que não tem razão. A defesa é direito nos limites em que é exercida de forma razoável ou nos limites em que não retarda, indevidamente, a realização do direito do autor.

É preciso deixar claro que a técnica antecipatória nada mais é do que uma técnica de distribuição do ônus do tempo do processo.

(...).

A tutela antecipatória fundada em abuso de direito de defesa somente é possível, em princípio, quando a defesa ou o recurso do réu deixam entrever a grande probabilidade de o autor resultar vitorioso e, conseqüentemente, a injusta espera para a realização do direito.

A antecipação em caso de ‘abuso de direito de defesa’ tem certo parentesco com o ‘référé provision’ do direito francês. Através da ‘provision’ é possível a antecipação quando ‘l’obligation ne soit pas sérieusement contestable’ (a obrigação não seja seriamente contestável, arts. 771 e 809 do Código de Processo Civil francês).

A urgência não é requisito para a concessão da 'provision' e Roger Perrot, o ilustre Professor da Universidade de Paris, alerta que o juiz não pode exigir uma incontestabilidade absoluta, sob pena de restringir abusivamente o domínio do 'référé provision'. O 'référé provision', assim, é uma forma de tutela dos direitos evidentes.

Um direito é evidenciado de pronto quando é demonstrado desde logo. Para a tutela antecipatória no direito brasileiro, contudo, são necessárias a evidência do direito do autor e a fragilidade da defesa do réu, não bastando apenas a caracterização da primeira".¹⁵

Assim, diante de contestação ou outro meio de defesa utilizado pelo réu que não se possa observar qualquer utilidade ou eficácia, resta caracterizado mero abuso de direito de defesa, podendo o juiz, mediante requerimento da parte, outorgar antecipação de tutela com base na evidência.

A tutela antecipada com base no critério de evidência fundado no abuso de direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu não poderá ser concedida liminarmente, conforme estabelece o parágrafo único do art. 306 do novo CPC.

1.6.2 Pedidos Incontroversos – julgamento parcial do mérito

É importante ressaltar que o Projeto do novo CPC, de n. 2.046/2010, trazia uma outra hipótese para a concessão da tutela com base na evidência, não repetida pelo novo CPC, a saber: quando *um ou mais pedidos cumulados ou parcela deles mostrar-se incontroverso, caso em que a solução será definitiva*.

Inicialmente, é necessário esclarecer que o autor pode cumular, objetivamente, diversos pedidos em relação ao réu, nos termos do que dispõe o art. 328 § 1.º, I, II, III, §§ 2.º e 3.º, do Projeto do novo CPC:

“Art. 328. É lícita a cumulação, num único processo, contra o mesmo réu, de vários pedidos, ainda que entre eles não haja conexão.

§ 1.º São requisitos de admissibilidade da cumulação que:

I – os pedidos sejam compatíveis entre si;

II – seja competente para conhecer deles o mesmo juízo;

III – seja adequado para todos os pedidos o tipo de procedimento.

§ 2.º Quando, para cada pedido, corresponder tipo diverso de procedimento, será admitida a cumulação se o autor empregar o procedimento comum, sem prejuízo do emprego das técnicas processuais diferenciadas previstas nos procedimentos especiais a que se sujeitam um ou mais pedidos cumulados, que não forem incompatíveis com as disposições sobre o procedimento comum.

15. MARINONI, Luiz Guilherme. *A antecipação da tutela*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 191-194.

§ 3.º O inc. I do § 1.º não se aplica às cumulações de pedidos de que trata o art. 327.”

No caso de cumulação de pedidos, e havendo pedidos que se tornaram incontroversos, seja pelo reconhecimento expresso do réu, seja pelo fato de que não houve contestação, o juiz, ao invés de conceder a tutela de evidência, proferirá *juízo parcial do mérito*, nos termos do art. 363, I, do CPC atual:

“Art. 363. O juiz decidirá parcialmente o mérito, quando um ou mais dos pedidos formulados ou parcelas deles:

I – mostrar-se ‘incontroverso’”.

Com isso o legislador incorporou definitivamente no novo CPC o instituto do *capítulo de sentença*, permitindo que se prolate decisão parcial de mérito em relação a pedidos incontroversos, dividindo a sentença em capítulos.

Assim, se o réu não contestar determinado pedido ou reconhecer a sua procedência, deverá o juiz, sendo este pedido cumulado com outros, decidir parcialmente o mérito, extinguindo o processo em relação a este capítulo da demanda.

Porém, se o pedido incontroverso for o único apresentado na demanda, o juiz julgará em definitivo o mérito.

O art. 186-bis (ordem para pagamento de somas não contestadas) do Código de Processo Civil italiano estabelece: “Sob requerimento da parte, o juiz instrutor pode dispor, até o momento da definição das conclusões, o pagamento das somas não contestadas pela parte contrária. Se o requerimento é efetivado fora da audiência, o juiz dispõe sobre o comparecimento das partes e assina o prazo para a notificação. A decisão constitui título executivo e conserva a sua eficácia no caso de extinção do processo. A decisão está sujeita à disciplina das decisões revogáveis previstas nos arts. 177, primeiro e segundo incisos e 178, primeiro inciso”.

O requisito principal para o julgamento parcial do mérito encontra-se no fato de o pedido ou parcela dele mostrar-se incontroverso.

Sendo o pedido incontroverso, exime-se o autor de apresentar outras provas para o seu acolhimento.

É importante salientar que o pedido pode ser subdividido em pedido imediato e mediato.

No caso, para que se possa julgar parcialmente o mérito, há necessidade de que sejam incontroversos ambos os pedidos e não apenas um deles.

Essa característica de ser o pedido incontroverso pode decorrer de diversos fatores, como, por exemplo, não contestação ou impugnação do pedido no prazo legal, reconhecimento expresso ou tácito do pedido ou parte dele pelo réu etc.

Em outras palavras, “a técnica de não contestação vem utilizada em larga escala, e não mais em situações particulares, quando, para descongestionar e acelerar no processo a obtenção das formas de tutela, procura-se favorecer ao máximo a for-

mação interna de um título executivo judicial, que saiba atuar ou reintegrar com rapidez o direito violado, neutralizando a incidência negativa do fator tempo sobre a acionalidade do direito na forma ordinária”.¹⁶

A cognição exercida pelo juiz neste caso é exauriente e definitiva, podendo gerar de imediato a coisa julgada material sobre o pedido ou parte dele em que não há controvérsia.

Segundo ensina Luiz Guilherme Marinoni:

“Antes da introdução da tutela antecipatória no Código de Processo Civil não era possível a cisão do julgamento dos pedidos cumulados, ou o julgamento antecipado de parcela do pedido, prevalecendo o princípio chiovendiano ‘della unità e unicità della decisione’.

Esse princípio elaborado há muito, não se concilia com a atual leitura de outros princípios igualmente formulados por Chiovenda, especialmente com o princípio de que o processo não pode prejudicar o autor que tem razão.

Se um dos pedidos apresentados pelo autor está maduro para julgamento, seja porque diz respeito apenas à matéria de direito, seja porque independe de instrução dilatatória, a necessidade, cada vez mais premente, de uma prestação jurisdicional célere e efetiva justifica a quebra do velho princípio da ‘unità e unicità della decisione’.

A tutela antecipatória, neste caso, estará antecipando o momento do julgamento do pedido. A tutela não é fundada em cognição sumária, mas sim em cognição exauriente.

Para que seja possível a tutela antecipatória mediante o julgamento antecipado de um (ou mais de um) dos pedidos cumulados, é necessário que um ou mais dos pedidos esteja em condições de ser imediatamente julgado e um outro (ou outros) exija instrução dilatatória.

É imprescindível, em outras palavras, que ao menos um dos pedidos não precise de instrução dilatatória e que um outro exija o prosseguimento do processo rumo à audiência de instrução e julgamento (...).¹⁷

Na verdade, nesta hipótese, não se está diante de uma mera antecipação de tutela, mas, sim, da própria antecipação do julgamento do mérito em relação ao pedido ou parte do pedido que se tornou incontroverso.

1.6.3 Inexistência de prova capaz de gerar dúvida objetiva

O inc. II do art. 306 do Projeto Originário do novo CPC estabelecia como hipótese de evidência o fato de a petição inicial ter sido instruída com prova documen-

16. COMOGLIO, Luigi Paolo; FERRI, Corrado; TARUFFO, Michele. Op. cit., p. 497.

17. MARINONI, Luiz Guilherme. Op. cit., p. 202-205.

tal suficiente dos fatos constitutivos do direito do autor, a que o réu não oponha outra prova capaz de gerar dúvida razoável.

Na redação originária contida no PL 2.046/2010, havia a seguinte formulação normativa: “a inicial for instruída com prova documental irrefutável do direito alegado pelo autor a que o réu não oponha prova inequívoca”.

É muito criticável a exigência de prova documental irrefutável do direito alegado pelo autor, ou que o réu apresente prova inequívoca.

Ora, se a prova for *irrefutável* do direito alegado pelo autor, não se estaria diante de uma tutela de evidência, mas, sim, de julgamento parcial do mérito.

Além do mais, nenhuma prova é irrefutável, pois se poderia gerar em relação a essa prova dúvida razoável mediante a realização de prova testemunhal na audiência de instrução e julgamento suscitando a falsidade documental.

A possibilidade de concessão de tutela na evidência com base em prova documental suficiente dos fatos constitutivos do autor, vem demonstrar que o legislador brasileiro optou por inserir a *provável verdade dos fatos* como um dos pressupostos para a antecipação de tutela.

Assim, é necessário situar a determinação verdadeira dos fatos entre os objetivos institucionais do processo, dado que sem essa hipótese seria muito difícil explicar racionalmente a concessão de tutela de evidência com base nessa circunstância.

Conforme adverte Michele Taruffo, “o núcleo do problema não é, pois, indagar-se acerca de se o processo deve ou pode estar dirigido à determinação da verdade dos fatos, senão estabelecer o que pode ser entendido por verdade dos fatos no âmbito do processo, e quando, em que condições e mediante que meios aquela pode ser alcançada. Trata-se, portanto, de um problema eminentemente epistemológico, já que afeta as características e as modalidades do conhecimento de um fato, ainda que seja no âmbito de um contexto de experiência específica caracterizada por regras e exigências institucionais particulares”.¹⁸

Desta maneira, deve-se ter em conta o fato de que a verdade dos fatos está circunscrita ao contexto do processo, e de que a verdade deve ser entendida como correspondência das asserções referidas aos fatos do mundo empírico, nos termos do que já afirmara Tarski. Isso não significa dizer que a concepção de Tarski não esteja sujeita a crítica filosófica e epistemológica; na realidade, o que se pretende constatar é que por mais que se procure desvencilhar, sempre estará sujeito e presente no âmbito do processo jurisdicional essa correspondência entre a verdade e o fato empírico. Na realidade, diante dessa perspectiva de verdade como correspondência nos leva a um outro ponto de indagação, ou seja, qual seria o método mais apropriado para se alcançar essa correspondência.

18. TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*. Madrid: Editorial Trotta, 2002. p. 168.

Para a dogmática jurídica ainda o método mais apropriado é aquele que passa pela concepção analítica da prova produzida pelas partes na relação jurídica processual, o que significa dizer que a administração da justiça tem que ver com o fenômeno do mundo real e não com imaginações, sonhos ou novelas.

Assim, para se buscar a verdade no contexto processual, a coerência na construção dos fatos é de suma importância para direcionar a melhor decisão possível por parte do juiz.

Contudo, como bem advertiu Michele Taruffo “a coerência e a reconstrução dos fatos pode ter uma importância apreciável em si, contudo isto não significa que se deva admitir a redução integral da verdade dos fatos à coerência narrativa de sua descrição. Em suas versões mais cuidadosas, a ideia da coerência está, por outra parte, referida a outros aspectos, sobretudo em relação aos que afetam a interpretação das normas, do raciocínio jurídico e judicial; neste terreno tem significado relevante”.¹⁹

Comentando o art. 278 do CPC italiano, que trata da condenação provisional com base em prova inequívoca, anota Andrea Proto Pisani:

“O segundo inciso do art. 278 c.p.c. disciplina um instituto muito diverso da condenação genérica, a condenação provisional.

Segundo esta disposição, o colégio, com a mesma sentença com a qual pronuncia a condenação genérica, pode, sempre mediante pedido da parte, ‘condenar o devedor ao pagamento de uma provisional nos limites da quantidade já estabelecida pela prova’.

A hipótese é esta: qualquer hora, quando no curso do processo a prova demonstre não somente a ilegitimidade do ato e da sua potencialidade danosa (an), mas também venha comprovada uma parte definida do dano (‘quantum’), sempre e somente mediante o pedido da parte, o juiz poderá inserir juntamente com a sentença de condenação genérica também uma sentença parcial, de condenação em sentido estrito, por meio da qual se inicia a liquidação do dano (condenação provisional).

Contrariamente à condenação genérica, aqui nos encontramos diante de um provimento de condenação verdadeiro e próprio: a sentença *ex art. 278, 2.º inciso*, é título executivo no sentido do art. 274, n. 1 c.p.c.; é título para a inscrição de hipoteca judicial, nos termos da soma nesta indicada; é capaz de produzir os efeitos disciplinados no art. 2.953 c.c.

Quanto à utilidade prática do instituto em exame, a condenação provisional é instrumento idôneo a suprir seja a demora patológica do processo, seja a particular dificuldade em efetuar constatação direta para provar o dano na sua completude: portanto, o instituto pode assegurar ao autor a possibilidade de obter, antes da

19. *Idem*, p. 173.

emanação da pronúncia definitiva de mérito que se exaure e encerra o processo, ao menos aquela parte que lhe é devida e que já está devidamente comprovada por meio de prova irrefutável (...).²⁰

O inc. II do art. 306 do na redação originária do novo CPC referia-se à prova da questão fática que daria suporte ou fundamentação ao direito formulada na inicial, fosse essa inicial de uma demanda autônoma, fosse essa inicial proveniente de uma reconvenção.

Assim, a tutela de evidência poderia ser concedida se a petição inicial fosse instruída com prova documental suficiente dos fatos constitutivos do direito do autor, a que o réu não opusesse outra prova capaz de gerar dúvida razoável.

Portanto, para a concessão da tutela de evidência dois requisitos deviam estar evidenciados com a inicial: (a) prova documental suficiente dos fatos constitutivos do direito do autor; (b) não oposição pelo réu de outra prova capaz de gerar dúvida razoável.

Na verdade, o que se observava é que um requisito seria pressuposto lógico do outro, porque se o réu apresentasse prova suficiente para gerar dúvida razoável ao direito do autor, isso significaria dizer que não haveria prova documental suficiente dos fatos constitutivos do mesmo direito.

Conforme já teve oportunidade de ensinar Michele Taruffo, ao tratar das hipóteses sobre fatos incompatíveis: “Uma terceira situação possível é aquela em que a hipótese que afirma o fato X se contrapõe uma hipótese que afirma o fato Y, incompatíveis com a existência X. Resulta assim necessário que sobre a base de alguma razão de ordem geral, física, lógica ou inclusive jurídica, a existência de Y exclua a de X, e vice-versa. Trata-se, como é fácil perceber, de uma forma para contradizer a hipótese que afirma X; a diferença em relação à hipótese negativa examinada sub 1.2. está em que agora a segunda hipótese é positiva em relação a Y, enquanto que o efeito negativo em relação a X é somente mediato e deriva da impossibilidade da existência contemporânea de X e Y”.²¹

Seria possível, ainda, que a prova apresentada pelo réu dissesse respeito a hipóteses sobre fatos juridicamente vinculados, ou seja, “alegando o autor a existência de um fato constitutivo X, essa hipótese não é negada ou contestada em absoluto pelo demandado, porém, ao contrário, este alega um fato distinto Y não incompatível com X, porém de tal natureza que incide sobre suas consequências jurídicas. É

20. PISANI, Andrea Proto. *Lezioni di diritto processuale civile*. Napoli: Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 1999.

21. TARUFFO, Michele. Op. cit., p. 253-254.

o caso da alegação de um fato extintivo, modificativo ou impeditivo dos efeitos que derivam do fato constitutivo”.²²

Deve-se observar que a concessão da tutela de evidência com base no inc. II do art. 306 do projeto originário do novo CPC somente seria possível se ocorresse após oportunizada ao réu a possibilidade de produzir prova capaz de gerar dúvida razoável ao direito alegado pelo autor na inicial, inclusive, se fosse o caso, oportunizando ao réu ampla instrução probatória.

Portanto, o juiz não poderia conceder a tutela de evidência com base no inc. II do art. 306 do projeto originário do CPC liminarmente, ou seja, *inaldita altera par*.

A cognição realizada pelo juiz na hipótese do art. 306, II, do projeto originário do CPC seria exauriente, pois a concessão da tutela de evidência somente ocorreria após o amplo contraditório concedido ao réu e a possibilidade de ampla instrução probatória.

Na Redação Final do Projeto do novo CPC elaborada pela Câmara dos Deputados foi excluída essa hipótese de tutela de evidência do substitutivo reencaminhado ao Senado Federal.

1.6.4 *Julgamento de casos repetitivos e súmula vinculante*

A tutela antecipada com base na evidência também poderá ser concedida, nos termos do inc. II do art. 306 do substitutivo da Câmara dos Deputados reencaminhado ao Senado Federal, quando *as alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documentalente e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante*.

O inc. II do art. 306 do substitutivo do novo CPC permite a concessão de tutela antecipada com base na evidência quando a tese jurídica já tiver sido firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante, desde que as alegações de fato pussam ser comprovadas apenas documentalente, ou seja, não necessitando de outras provas que devam ser realizadas no âmbito da instrução.

Assim, são requisitos para a concessão da tutela de evidência com base nesse inciso: (a) tese jurídica já definida em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante; (b) as alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documentalente.

Esta previsão legal tem por objetivo evitar a delonga do processo quando a matéria de direito (tese jurídica) já se encontrar definitivamente consolidada em razão de julgamento de casos repetitivos nos Tribunais Superiores ou por Súmula vinculante expedida pelo Supremo Tribunal Federal.

22. Idem, p. 255.

A recente Lei 11.672, de 08.05.2008, introduziu alterações no Código de Processo Civil (CPC) de 1973 de grande importância para desafogar o Poder Judiciário, com a instituição do julgamento uniforme de recursos repetitivos no âmbito do STJ.

Tal modificação configura mais uma etapa na reforma do Processo Civil Brasileiro, voltada basicamente para a celeridade processual, buscando evitar o tortuoso e inócuo procedimento de julgamento de inúmeros processos idênticos/repetitivos pelo STJ.

A mudança que acresceu ao CPC de 1973 o art. 543-C e que estabeleceu o procedimento para o julgamento em massa de recursos, tornou mais efetiva a prestação jurisdicional. A norma dispõe que, quando houver multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica questão de direito, caberá ao presidente do tribunal de origem admitir um ou mais recursos representativos da controvérsia e encaminhá-los ao STJ. Os demais ficariam suspensos até o pronunciamento definitivo do Tribunal.

O Projeto do CPC admite o julgamento em massa de recursos repetitivos não só pelo STJ como também pelo STF, conforme estabelece o art. 1.049 do novo CPC, a saber: “Sempre que houver multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica questão de direito, o recurso extraordinário ou especial será afetado para julgamento de acordo com as disposições desta Subseção, observado o disposto no regimento interno do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça”.

Mas, além do julgamento de recursos repetitivos, também há o incidente de resolução de demandas repetitivas como fundamento para a concessão de tutela antecipada com base na evidência.

Aliás, prescreve o art. 522 e incisos do novo CPC:

“Art. 522. Para os fins deste Código, considera-se julgamento de casos repetitivos:

- I – o do incidente de resolução de demandas repetitivas;
- II – o dos recursos especial e extraordinário repetitivos.”

Também terá por fundamento a concessão antecipada de tutela com base na evidência na hipótese da tese de direito já estar resolvida por meio de Súmula vinculante proveniente do STF.

Deve-se observar que em todas as hipóteses do art. 306, inc. II do novo CPC, a cognição realizada pelo juiz será exauriente e definitiva, seja pelo resultado do julgamento dos recursos repetitivos no STJ e no STF, seja pelo julgamento do incidente de resolução demandas repetitivas, seja em decorrência da Súmula vinculante.

Mas não basta que a tese jurídica já esteja definida pelo resultado do julgamento de recursos repetitivos no STJ e ou STF, ou, ainda, em incidente de resolução de demandas repetitivas, ou, ainda, em Súmula vinculante.

É necessário também que as alegações de fato possam ser comprovadas apenas documentalmente, sem necessidade de outras provas suplementares ou mesmo de realização de audiência de instrução e julgamento.

Apesar de a tese jurídica já estar devidamente definida pelos institutos jurídicos indicados nesse inciso, não haverá espaço para a concessão da tutela antecipada com base na evidência se a matéria de fato não for possível comprovar apenas por prova documental, ou exigir outras provas para a sua devida comprovação.

Na hipótese deste inciso poderá ser concedida liminarmente a tutela com base na evidência.

1.6.5 *Pedido reipersecutório*

A última hipótese prevista pelo legislador do Projeto do novo CPC para a concessão da antecipação de tutela com base na evidência está prevista no inc. III do art. 306, a saber: “se se tratar de pedido reipersecutório fundado em prova documental adequada do contrato de depósito, caso em que será decretada a ordem de entrega do objeto custodiado, sob cominação de multa”.

A tutela antecipada com base na evidência poderá ser concedida sem prévia comprovação de risco de dano, sob cominação de multa diária, para a entrega do objeto custodiado, sempre que o autor fundar seu pedido reipersecutório em prova documental adequada do contrato de depósito.

No caso, trata-se de demanda em que o autor pretende a recuperação da posse decorrente da propriedade do bem, o qual foi dado em depósito mediante contrato.

Pelo contrato de depósito, nos termos do art. 627 do CC/2002, recebe o depositário um objeto móvel, para guardar, até que o depositante o reclame.

O depositário é obrigado a ter na guarda e conservação da coisa depositada o cuidado e diligência que costuma com o que lhe pertença, *bem como restitui-la, com todos os frutos e acréscidos, quando o exigir o depositante*.

Ainda que o contrato fixe prazo à restituição, o depositário entregará o depósito logo que se lhe exigir, salvo se tiver o direito de retenção a que se refere o art. 644 do CC/2002, se o objeto for judicialmente embargado, se sobre ele pender execução, notificada ao depositário, ou se houver motivo razoável de suspeitar que a coisa foi dolosamente obtida.

Se o depositante exigir a devolução da coisa, e o depositário *injustamente* recusar a entrega da coisa, o novo CPC permite que o proprietário requeira a restituição da coisa mediante antecipação de tutela com base na evidência.

Desde que o autor comprove documentalmente e de forma adequada que deu em depósito convencional o bem móvel ou imóvel, poderá requerer liminarmente a tutela de evidência, independentemente de comprovação de risco de dano, mediante cominação de multa diária.

Muito embora o dispositivo somente mencione a possibilidade de multa diária para o cumprimento da decisão judicial, nada impede que o juiz expeça mandado de busca apreensão de bem móvel ou de reintegração de posse no caso de bem imóvel para que haja efetivo cumprimento da tutela de evidência concedida liminarmente.

É importante salientar que o Projeto originário 2.046/2010 também previa esta hipótese de concessão de tutela de evidência para o depósito legal. Porém, o novo CPC somente fez referência ao depósito contratual.

O juiz poderá conceder a tutela antecipada de evidência liminarmente, sendo que a cognição que exercerá é sumária e satisfativa.

2. DA TUTELA ANTECIPADA SATISFATIVA COM BASE NA URGÊNCIA

A noção comum de que a jurisdição estatal é monopólio do Estado representa, em contrapartida, a proibição de auto-tutela privada.

Se assim é, apresenta-se fácil a compreensão de que a prestação jurisdicional a ser prestada pelo Estado seja célere e efetiva.

Porém, circunstância outras se apresentam que podem por em risco essa compreensão do processo.

Como já teve oportunidade de afirmar Lopes da Costa, o ser humano vive apenas no presente. O passado é irreversível. O futuro, incerto. Porém, todas essas considerações se projetam inevitavelmente para o futuro. Daí a necessidade de se agir com prudência, ou seja, com aquela virtude que adapta a conduta às circunstâncias várias, dentro das quais a atividade se vai desenvolver, respeitadas as linhas mestras traçadas pelos princípios fundamentais.²³

Por isso, na realização de todos os atos que se executam com uma determinada finalidade, é preciso *prever* os obstáculos que possam surgir e *prover* a que eles não interfiram na realização dos atos despendidos para dar efetividade à tutela jurisdicional.

Tomam-se, então, *providências, medidas*, nítidas garantias contra riscos, visando à contrabalançar os empecilhos prováveis.²⁴

Essas há muita já existem no direito civil, onde se encontram medidas acauteladoras, de segurança, embora exigindo pressupostos diversos daqueles das medidas de segurança processuais. Essas medidas nascem do contrato, criadas livremente pela vontade das partes, dependendo apenas da confiança que no devedor deposita

23. LOPES DA COSTA, Alfredo de Araújo. *Medidas preventivas Medidas de conservação*. 2. ed. Belo Horizonte: Livraria Bernardo Álvares, 1958. p. 13.

24. Idem, *ibidem*.

o credor, pois a circunspeção, que faz parte da prudência, consiste justamente em agir observando as circunstâncias, que variam de caso para caso. Outras decorrem de lei, como é o caso na posse de bens em sucessão provisória. Assim também se dá com os direitos reais em garantia, onde a hipoteca, penhor e anticrese visam a dar segurança ao cumprimento de determinada obrigação contratual ou legal.²⁵

Essas providências acauteladoras foram também inseridas no âmbito do direito processual civil, aqui denominadas de *tutelas de urgência*.

Essas *tutelas de urgência* são tomadas contra determinado *risco*, que no caso do processo civil se caracteriza pelo *perigo na demora da prestação da tutela jurisdicional*, conforme estabelece o art. 301 do Projeto do novo CPC

É certo que o ideal de justiça seria uma solução logo na primeira audiência, que no caso do prometo do novo CPC é a audiência de conciliação. Isso, porém, é um sonho ainda longe de ser alcançado, especialmente pelo fato de que nossos procedimentos, especialmente o procedimento comum ordinário, exige um prolongamento no tempo, para que se possa fazer valer de forma exauriente o princípio do contraditório e da ampla defesa.

Enquanto isso, situações de fato podem se alterar durante o tempo necessário para a prolação de uma decisão satisfativa final, pondo em risco a própria prestação da tutela jurisdicional. É preciso dar garantia ao autor contra essas situações de fato que põem em risco o êxito e a finalidade da tutela jurisdicional satisfativa.

Conforme já afirmara Alsina, entre o momento em que a demanda se inicia e aquele em que a sentença a acolhe, medeia um espaço de tempo durante o qual o réu pode variar de situação relativamente à coisa litigiosa. A garantia jurisdicional seria ilusória se não provesse a isso com as medidas necessárias a assegurar a manutenção do estado inicial.

Esses obstáculos à efetiva prestação da tutela jurisdicional, sejam impostos pelo réu ou mesmo por circunstâncias naturais da existência humana, devem ser removidos

por meio de uma tutela jurisdicional, denominada pelo novo CPC como *tutela antecipada satisfativa* deferida com base na urgência.

Essa tutela deferida com base na urgência poderá ter a natureza de cautelaridade (não satisfativa) ou satisfativa (outorga do próprio direito material, mesmo que provisório) até que seja proferida a tutela definitiva.

A função da tutela de urgência, portanto, consiste na neutralização dos obstáculos, e, por conseguinte, dos danos que possam derivar à parte que tem razão (em decorrência de eventos danosos derivantes da mera duração do processo de

25. Idem, p. 14.

cognição ou de fatos que possam se verificar durante a pendência do processo de cognição ou execução).²⁶

2.1 Art. 304 do Projeto do novo CPC

Estabelece o 304 do Projeto do novo CPC que “nos casos em que a urgência for contemporânea à propositura da ação, a petição inicial poderá limitar-se ao requerimento da tutela antecipada satisfativa e à indicação do pedido de tutela final, com a exposição sumária da lide, do direito que se busca realizar e do perigo da demora da prestação da tutela jurisdicional”.

Cândido Rangel Dinamarco já teve oportunidade de sustentar, quando da entrada em vigor do art. 273 do novo CPC, a possibilidade de requerimento de tutela antecipada antecedente ou preparatória, independentemente da formulação, com todos os seus requisitos, do pedido principal.

Sobre o tema, eis a lição de Cândido Rangel Dinamarco: “Uma das medidas antecipatórias de uso mais frequente na experiência forense de todo dia, a ‘sustação de protesto cambial’, só tem utilidade quando concedida imediatamente, considerado que o prazo para a efetivação do protesto é de quarenta-e-oito horas e, se fosse necessário aguardar a instauração do processo principal, a medida seria inócua. Sustações dessa ordem eram concedidas muito antes da Reforma e continuaram a sê-lo depois dela, sempre na crença de que se tratasse de medida cautelar. Basta ver que sustar o protesto não é meio de resguardar o processo mas as pessoas e seu patrimônio, para se ter a percepção de que a natureza dessa medida é outra: na linha do que vem sendo exposto, não é cautelar, mas antecipação de tutela, o provimento que se destina a oferecer, na vida comum das pessoas, aquela situação favorável que elas poderão obter depois, quando o mérito da demanda vier a ser apreciado. Essa observação empírica concorre para demonstrar a admissibilidade da antecipação da tutela em caráter preparatório e não só incidentemente, depois de instaurado e pendente o processo principal. Se o objetivo é impedir que o decurso do tempo corra a direitos, constitui imperativo da garantia constitucional do acesso à justiça (Const., art. 5.º, XXXV) a disposição dos juízes a conceder a antecipação antes ou depois da propositura da demanda principal, sempre que haja necessidade e estejam presentes os requisitos de lei (art. 273, *caput* e I). O cumprimento integral dessa garantia exige que, no plano infraconstitucional e na prática dos juízos, haja meios suficientes para obter a tutela jurisdicional efetiva e tempestiva; não é efetiva nem tempestiva, e às vezes sequer chega a ser tutela, aquela que vem depois de consumados os fatos temidos ou sem a capacidade de evitar o insuportável acúmu-

26. PISANI, Andrea Proto. *Lezioni di diritto processuale civile*. 3. ed. Napoli: Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 1999. p. 633.

lo de prejuízos ou de sofrimentos. Negar sistematicamente a tutela antecipada em caráter antecedente, ou preparatório, é ignorar o art. 8.º, I, do Pacto de San José da Costa Rica, portador da severa recomendação de uma tutela jurisdicional ‘dentro do prazo razoável’”.²⁷

O Projeto do novo CPC de certa forma adotou a doutrina de Dinamarco, ao permitir que nos casos em que a urgência é contemporânea à propositura da ação, a petição inicial poderá limitar-se ao requerimento da tutela antecipada satisfativa.

Trata-se de uma medida salutar, pois muitas vezes a urgência contemporânea exige uma atuação rápida e imediata do advogado, sem que tenha tempo suficiente para preparar com a devida atenção a pretensão final.

Agora, com o Projeto do novo CPC, permite-se que a tutela de urgência seja solicitada de plano, bastando que o advogado faça referências superficiais sobre a demanda final a ser inserida no próprio processo.

Portanto, insere-se no nosso ordenamento jurídico a legitimação do pedido inicial exclusivo de antecipação de tutela satisfativa, para num segundo momento formular-se o pedido de natureza principal ou definitivo.

De certa forma, o Projeto do novo CPC preconiza a existência de *tutela antecipada satisfativa*.

A única exigência que o art. 304 do Projeto do novo CPC faz é no sentido de que o requerente da tutela antecipada satisfativa antecedente indique expressamente na petição inicial o *pedido de tutela final, com a exposição sumária da lide, do direito que se busca realizar e do perigo da demora da prestação da tutela jurisdicional*.

Esses requisitos são muito semelhantes àqueles que eram exigidos do requerente de um processo cautelar antecedente na égide do CPC de 1973.

Enquanto a *exposição sumária da lide* diz respeito à causa de pedir próxima e remota que fundamentará o pedido final, o direito a que se busca realizar e o perigo da demora da prestação da tutela jurisdicional diz respeito ao *fumus boni iuris* e ao *periculum in mora* que fundamentam a pretensão da tutela de urgência.

2.2 Aditamento da petição inicial – Inserção do pedido principal

Uma vez concedida a tutela de urgência satisfativa de forma antecedente, nos termos do art. 304, *caput*, do Projeto do novo CPC, o autor deverá, obrigatoriamente, *aditar a petição inicial*, com a complementação da sua argumentação, juntando, se assim desejar, novos documentos e confirmando o pedido de tutela final, em quinze dias, ou em outro prazo maior que o órgão jurisdicional *fixar* (art. 304, § 1.º, I, do Projeto do novo CPC).

27. DINAMARCO, Cândido Rangel. Op. cit., p. 73-74.

Na hipótese de concessão da *tutela antecipada antecedente*, ou seja, a partir do deferimento da liminar requerida *inaudita altera par*, o autor deverá aditar a petição inicial com a complementação da sua argumentação.

O legislador, com essa medida, estabeleceu dois momentos procedimentais bem definidos na formulação da causa de pedir e do pedido da tutela antecedente e final.

Um momento que diz respeito ao pedido de tutela antecedente satisfativa, e outro referente à formulação do pedido da tutela final.

Segundo estabelece o § 3.º do art. 304 do Projeto do novo CPC, “o aditamento a que se refere o inc. I do § 1.º deste artigo dar-se-á nos mesmos autos, sem incidência de novas custas processuais”.

Esse dispositivo vem reforçar a ideia de que, muito embora no atual CPC haja a possibilidade de requerimento e concessão de tutela *satisfativa antecipada*, isso não significa dizer que haverá dois processos autônomos e independentes, mas, sim, apenas um processo em que num primeiro momento será formulado o pedido de tutela antecipada satisfativa e no outro momento haverá o aditamento da petição inicial para a formulação em definitivo do pedido principal.

Como se trata de um só processo com dois pedidos, somente haverá o pagamento das custas processuais por ocasião da petição inicial originária.

Na petição inicial originária, deverá o autor indicar o valor da causa, que deve levar em consideração o pedido de tutela final, conforme preconiza o § 4.º do art. 304 do Projeto do novo CPC

Muito embora o legislador tenha possibilitado a formulação do pedido final ou principal para um momento posterior ao do requerimento da tutela antecipada satisfativa, o valor da causa deverá ser indicado de forma definitiva quando da propositura da demanda, ou seja, na petição inicial a que se refere o *caput* do art. 304 do Projeto do novo CPC, ou seja, quando da petição inicial em que o autor formular o pedido de tutela antecipada satisfativa.

O valor da causa indicado pelo autor deverá levar em consideração o pedido de tutela final, daí porque esse valor deverá ser considerado, em tese, como definitivo para o cálculo das custas processuais e demais verbas de sucumbência.

O dispositivo previsto no inc. I do § 1.º do art. 304 do novo CPC é preciso ao exigir que o aditamento da petição inicial ocorrerá somente a partir da concessão da tutela de urgência satisfativa e não da sua efetivação.

Portanto, não se pode confundir *concessão* com *efetivação* da medida de urgência para o efeito de contagem do prazo de 15 dias ou outro que o órgão jurisdicional para o adiamento da petição inicial.

2.3 Marco inicial da contagem do prazo para o aditamento da inicial

Em relação à contagem do prazo para a propositura da demanda principal, o art. 806 do CPC de 1973 estabelecia que caberia à parte propor a demanda no prazo

de 30 dias, contados da data da efetivação da medida cautelar, quando esta fosse concedida em provimento preparatório.

O STJ firmou entendimento de que o prazo de 30 dias para que o requerente do processo cautelar antecedente ingressasse com a ação principal contava-se da *efetivação da medida* e não de outra circunstância processual, como, por exemplo, a intimação do requerente da cautelar da efetivação da medida cautelar. Nesse sentido são os seguintes precedentes do STJ:

“Processual civil. Recurso especial. Cautelar preparatória. Prazo decadencial para ajuizamento da ação principal (CPC, art. 806). Data da efetivação da liminar. Exclusão do nome da autora do cadastro do Sisbacen. Recurso provido.

1. O prazo decadencial de trinta dias, previsto no art. 806 do CPC, para o ajuizamento da ação principal é contado a partir da data da efetivação da liminar ou cautelar, concedida em procedimento preparatório.

2. Na hipótese, considera-se efetivada a cautelar na data da exclusão do nome da autora do cadastro do Sisbacen, ato material de cumprimento da decisão liminar, e não na data de mera juntada aos autos do ofício remetido à instituição financeira comunicando-lhe o deferimento da medida acautelatória.

3. Recurso especial provido” (REsp 869.712/SC, rel. Min. Raul Araújo, 4.^a T., j. 28.02.2012, *DJe* 16.03.2012).

“Processual civil. Agravo regimental em agravo de instrumento. Cautelar. Contagem de prazo para ajuizamento da ação principal. Prazo decadencial. Termo inicial. Efetivação da liminar. Extinção do feito sem julgamento do mérito.

1. Interpretando o art. 806 do CPC o prazo de 30 dias para o ajuizamento da ação principal é contado a partir da data da efetivação da medida liminar e não da sua ciência ao requerente da cautelar.

2. Em caso de descumprimento do prazo, ocorre a extinção da Ação Cautelar, sem julgamento de mérito. Precedentes.

3. Agravo regimental não provido” (AgRg no Ag 1.319.930/SP, rel. Min. Mauro Campbell Marques, 2.^a T., j. 07.12.2010, *DJe* 03.02.2011).

Porém, em relação ao Projeto do novo CPC, a contagem do prazo de quinze dias ou outro que o órgão jurisdicional conferir para o aditamento da petição inicial dar-se-á da concessão, ou melhor, da intimação do requerente da concessão da medida urgente satisfativa.

Justifica-se que a contagem do prazo ocorrerá da intimação e não da simples concessão da medida de urgente satisfativa, uma vez que caberá ao juiz estabelecer o prazo para o aditamento que poderá ser de quinze dias ou outro que ele fixar. E somente após a intimação é que o autor saberá qual o prazo efetivo para o aditamento da petição inicial.

O aditamento da petição inicial para a confirmação do *pedido de tutela final* deverá ocorrer no prazo de *quinze dias* ou em outro prazo maior que órgão jurisdicional fixar.

Assim, o juiz, ao conceder a medida liminar de antecipação de tutela satisfativa, na mesma decisão determinará a intimação do autor para que adite a petição inicial no prazo de quinze dias ou outro prazo maior, e nunca menor, que conceder de acordo com a complexidade da demanda.

2.4 *Juntada de novos documentos*

Quando do aditamento, o autor poderá promover a juntada de novos documentos e a confirmação do pedido de tutela final.

A referência a *novos documentos* não quer dizer *documentos novos*, mas, sim, documentos que digam respeito ao pedido de tutela principal ou final, ainda que existentes no momento do pedido de tutela antecipada satisfativa.

Entendo, também, que o autor poderá indicar novas testemunhas quando do aditamento da petição inicial ou requerer prova pericial para demonstrar e comprovar os argumentos que justificam a concessão do pedido final.

Isso é justificável pelo fato de que, sendo a urgência do pedido de tutela antecipada satisfativa contemporânea à propositura da ação, poderá o autor não dispor de tempo suficiente para promover a demanda final com as cautelas exigidas, razão pela qual somente num segundo momento poderá delinear toda sua estratégia jurídica para a postulação do pedido final, inclusive com a indicação de provas.

2.5 *Intimação do réu sobre a concessão da medida antecipada*

Na mesma decisão que o juiz conceder a tutela antecipada satisfativa, deverá determinar a imediata citação do réu para promover as medidas que entender necessárias contra a concessão da tutela antecipada.

O réu será citado imediatamente, mas o prazo de resposta somente começará a correr após a intimação do aditamento a que se refere o inc. I, § 1.º, do art. 304 do Projeto do novo CPC.

E isso tem sua razão de ser, pois o réu somente poderá exercer o contraditório com plenitude após todos os argumentos da parte autora ser articulados e já estarem inseridos no processo, especialmente aqueles que advêm com o aditamento da petição inicial.

A imediata citação do réu tem por finalidade lhe permitir promover as medidas que entender necessárias contra a concessão da tutela antecipada satisfativa, especialmente os recursos de embargos de declaração ou agravo de instrumento.

Aliás, conforme estabelece o art. 305 do novo CPC, se o réu, citado, não ingressar com recurso de agravo de instrumento, a medida antecipada satisfativa tornar-se-á estável.

2.6 Consequências jurídicas do não aditamento da petição inicial

Estabelece o § 2.º do art. 304 do Projeto do novo CPC que “não realizado o aditamento a que se refere o inc. I do § 1.º deste artigo, o processo será extinto sem resolução do mérito”.

Esse dispositivo traz um dever/ônus processual importante para o autor que é justamente o *aditamento* da petição inicial.

A necessidade de aditamento da petição inicial decorre de que o pedido de *antecipação de tutela satisfativa* é um pedido, a princípio, delimitado e não completo, razão pela qual não pode prevalecer por si só de forma autônoma.

É certo que o autor poderá desde logo na petição inicial em que formular o pedido de tutela antecipada satisfativa afirmar e demonstrar a causa de pedir e o pedido final, requerendo a dispensa do aditamento da petição inicial, uma vez que lhe foi possível, não obstante a urgência, formular toda sua pretensão num único momento processual. Nesse sentido é o teor do art 304, § 5.º, do Projeto do novo CPC, *in verbis*: “o autor terá, ainda, de indicar, na petição inicial, que pretende valer-se do benefício previsto no caput deste artigo”.

Isso significa dizer que o autor, quando formular pedido de tutela antecipada satisfativa, deverá na mesma petição inicial informar ao juiz que pretende aditar a petição inicial futuramente no prazo de quinze dias ou outro prazo maior fixado pelo juiz, salvo se o autor expressamente afirmar que na petição inicial já se encontram todos os argumentos necessários para demonstrar o pedido e a causa de pedir do pedido principal.

Se o autor não indicar, na petição inicial, que pretende valer-se do benefício prevista no art. 304 do Projeto do novo CPC, deverá o juiz determinar a emenda da petição inicial sob pena de seu indeferimento.

Se no prazo de quinze dias ou outro maior deferido pelo juiz não for realizado o aditamento da petição inicial, o juiz proferirá de imediato decisão extinguindo o processo sem resolução de mérito. Se a medida antecipada já foi efetivada, responderá o autor por eventuais perdas e danos que porventura possa ter causado ao réu.

Contra essa decisão que extinguir o processo sem resolução de mérito, poderá o autor interpor recurso de apelação.

2.7 Indeferimento da tutela antecipada – Consequências jurídicas

Estabelece o § 6.º do art. 304 do Projeto do novo CPC “que caso entenda que não há elementos para a concessão da tutela antecipada, o órgão jurisdicional determinará a emenda da petição inicial, em até cinco dias. Não sendo emendada neste prazo, a petição inicial será indeferida e o processo, extinto sem resolução de mérito”.

Formulado pelo autor o pedido de tutela antecipada satisfativa, poderá o juiz concedê-la ou não.

Se o juiz entender que não há elementos para a concessão de tutela antecipada, isto é, que o autor não demonstrou o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*, na decisão que indeferir o pedido liminar determinará a emenda da petição inicial, a fim de que o autor indique com precisão a causa de pedir e o pedido final a ser formulado, no prazo de cinco dias.

Contra o indeferimento da tutela antecipada, poderá o autor promover o recurso de agravo de instrumento.

Se o autor não emendar a petição inicial no prazo de cinco dias, ou não afirmar que os elementos já se encontram na petição inicial protocolizada, o juiz indeferirá a petição inicial e extinguirá o processo sem resolução de mérito.

Contra essa decisão caberá recurso de apelação; porém, nada impede que o autor ingresse novamente com a demanda, inclusive formulando novamente o pedido de tutela antecipada, se a urgência persistir.

2.8 Estabilidade da tutela antecipada satisfativa

Diz o art. 305 do novo CPC que a tutela antecipada satisfativa, concedida nos termos do art. 304, torna-se estável se da decisão que a conceder não for interposto o respectivo recurso.

Essa é uma importante inovação do atual Projeto do novo CPC, com base nos princípios da celeridade processual, da economia processual e da efetividade da tutela jurisdicional.

O legislador transferiu para o réu uma importante responsabilidade, colocando em suas mãos o destino do processo.

Conforme estabelece o inc. II do art. 304 do Projeto do novo CPC, uma vez concedida a tutela antecipada de natureza satisfativa, o réu será citado imediatamente, mas o prazo de resposta somente começará a correr após a intimação do aditamento a que se refere o inc. I do § 1.º do aludido dispositivo.

Assim, concedida a tutela antecipada, o réu poderá adotar as seguintes providências: (a) citado, interpor recurso de agravo de instrumento contra a decisão concessiva da antecipação de tutela satisfativa; (b) citado, não interpor o recurso de agravo de instrumento contra a tutela antecipada.

Se o réu, citado, interpor recurso de agravo de instrumento, poderá responder à demanda no prazo legal que começará a correr após a intimação do aditamento da petição inicial.

Porém, se o réu, citado, não interpor o recurso de agravo de instrumento contra a decisão liminar, também não poderá responder à demanda. É que, segundo preceitua o § 1.º do art. 305 do Projeto do novo CPC o processo será extinto, caso não seja interposto recurso de agravo de instrumento contra o deferimento da tutela antecipada.

Portanto, se o réu não interpuser recurso de agravo instrumento contra a decisão que conceder a tutela satisfativa antecedente com base na urgência, além de tornar essa decisão estável e permitir sua ultratividade, o processo será extinto com resolução de mérito.

Contra a decisão de extinção do processo não caberá recurso de apelação, pois o réu não terá interesse no recurso em face do que dispõe o § 2.º do art. 305 do Projeto do novo CPC

Portanto, a interposição de recurso de agravo de instrumento por parte do réu, além de impedir a estabilidade da tutela antecipada satisfativa concedida, caracteriza um pressuposto processual para que o réu possa responder à demanda.

A tutela antecipada satisfativa, concedida nos termos do art. 304, tornar-se-á estável se da decisão o réu não interpor recurso de agravo de instrumento.

Esta estabilidade é provisória, pelo menos até que qualquer das partes proponha a demanda prevista no § 2.º do art. 305 do Projeto do novo CPC ou até que transcorra o prazo decadencial de dois anos estabelecido no § 5.º do mesmo dispositivo legal.

Essa sistemática processual também estava prevista no Projeto originário do CPC de n. 2.046/2010, mas dizia respeito apenas às medidas cautelares antecipadas e não às tutelas antecipadas satisfativas, justamente pelo fato de que no projeto originário não se autorizava a concessão de tutela satisfativa antecedente.

Estabelecia o arts. 279 e 280, § 1.º, do Projeto originário 2.046/2010:

“Art. 279. A petição inicial da medida cautelar requerida em caráter antecedente indicará a lide, seu fundamento e a exposição sumária do direito ameaçado e do receio de lesão.

Art. 280. O requerido será citado para, no prazo de cinco dias, contestar o pedido e indicar as provas que pretende produzir.

§ 1.º Do mandado de citação constará a advertência de que, não impugnada decisão ou medida liminar eventualmente concedida, esta continuará a produzir efeitos independente da formulação de um pedido principal pelo autor.”

Assim, percebe-se que no projeto originário a falta de impugnação de decisão ou medida liminar concedendo tutela cautelar antecedente fazia com que esta medida produzisse seus efeitos independentemente da formulação de um pedido principal pelo autor. Nesta hipótese, o processo seria arquivado, permanecendo eficaz o efeito da cautelar concedida.

O § 1.º do art. 280 do Projeto Originário inseria em nosso ordenamento jurídico a teoria da ultratividade da medida cautelar concedida liminarmente ou por meio de decisão concessiva da tutela cautelar, mesmo que o autor não formulasse o pedido principal. Bastava, para isso, que o réu não impugnasse a decisão ou medida liminar eventualmente concedida.

Na realidade, se o requerido não se manifestasse sobre a concessão da medida cautelar antecedente ou não contestasse o pedido de cautelaridade, a medida cautelar concedida continuaria a produzir efeito independentemente da formulação do pedido principal pelo autor.

Evidentemente que os efeitos que continuariam a ser produzidos pela medida cautelar concedida seriam apenas de cautelaridade e não de satisfatividade do direito material.

Assim, se fosse concedida uma medida cautelar de arresto, o autor não teria a disponibilidade do bem, muito menos teria o seu eventual crédito satisfeito. Para que o autor obtivesse satisfatividade de seu direito material seria necessário que ingressasse com o pedido principal.

O novo CPC, em seu art. 305, optou por uma via diversa, pois somente permitiu a ultratividade dos efeitos de tutela de urgência à tutela satisfativa antecedente, o que parece mais correto, pois somente assim o autor poderá efetivamente usufruir de seu direito, objeto da demanda principal.

2.9 Revisão da estabilidade ou ultratividade da tutela antecipada

Preconiza o § 2.º do art. 305 do Projeto do novo CPC que “qualquer das partes poderá demandar a outra com o intuito de rever, reformar ou invalidar a tutela antecipada satisfativa estabilizada nos termos do *caput*”.

Muito embora o *caput* do art. 305 do novo CPC estabeleça a ultratividade e a estabilidade da antecipação de tutela concedida em caráter liminar e de forma antecedente, isso não significa que essa tutela concedida fará coisa julgada material e se tornará imutável.

Na realidade, em que pese o processo originário seja extinto com julgamento de mérito pelo fato de que o réu não interpôs recurso de agravo contra a decisão concessiva da tutela antecipada, tal extinção não impede que qualquer das partes (autor ou réu) demandem a outra com o intuito de rever, reformar ou invalidar a tutela antecipada satisfativa estabilizada nos termos do art. 305.

Assim, o réu poderá, a qualquer tempo, demandar o autor para rever, reformar ou invalidar a tutela antecipada satisfativa estabilizada.

Nessa nova demanda, a decisão que ali for proferida poderá ensejar a coisa julgada material.

Também o autor poderá apresentar nova demanda para reformar ou dar nova conotação à tutela antecipada concedida em seu favor, ou mesmo para conseguir em definitivo uma decisão com efeito de coisa julgada material.

Porém, enquanto não for proposta essa nova demanda, a tutela antecipada regularmente concedida continuará a produzir efeitos de ultratividade, mediante a estabilidade concedida pela norma jurídica. Nesse sentido preceitua o § 3.º do art.

305 do Projeto do novo CPC que “a tutela antecipada satisfativa conservará seus efeitos, enquanto não revista, reformada ou invalidada por decisão de mérito proferida na ação de que trata o § 2.º”.

Conforme estabelece o *caput* do art. 305 do Projeto do novo CPC, a tutela antecipada satisfativa, concedida nos termos do art. 304, torna-se estável se da decisão que a conceder não for interposto o respectivo recurso. Esta estabilidade permanecerá até que seja proposta a demanda referida no § 2.º do art. 305 do Projeto do novo CPC.

Portanto, a estabilidade da tutela antecipada satisfativa permanecerá até que seja proferida *decisão de mérito* em definitivo sobre a pretensão principal formulada em demanda autônoma.

Qualquer das partes poderá requerer o desarquivamento dos autos em que foi concedida a tutela antecipada satisfativa, para instruir a petição inicial da ação a que se refere o § 2.º do art. 305 do Projeto do novo CPC, segundo prescreve o § 4.º do art. 305 do Projeto do novo CPC.

O juízo que concedeu a tutela satisfativa tornar-se-á prevento para conhecer da nova demanda.

Importante salientar que o § 2.º do art. 305 do Projeto do novo CPC permite que a demanda em caráter definitivo possa ser ajuizada por qualquer das *partes*.

Porém, este dispositivo pode engessar de forma perigosa a possibilidade de o Poder Judiciário rever tutelas satisfativas de caráter de urgência, especialmente quando haja mudança em relação ao *fumus boni iuris* ou o *periculum in mora*.

Por isso, o certo é permitir que o juiz possa rever ou modificar a tutela satisfativa de urgência logo em que for proposta a demanda prevista no § 2.º do art. 305, antes mesmo da prolação da sentença final.

2.10 O prazo decadencial para reforma ou invalidação da tutela antecipada

Preceitua o § 5.º do art. 305 do Projeto do novo CPC que “o direito de rever, reformar ou invalidar a tutela antecipada, previsto no § 2.º deste artigo, extingue-se após dois anos, contados da ciência da decisão que extinguiu o processo, nos termos do § 1.º”.

A fim de que a insegurança jurídica em relação à tutela satisfativa concedida de forma antecedente não perdure indefinidamente, o legislador optou em estabelecer um prazo de natureza *decadencial* para que qualquer das partes possa ingressar com a demanda prevista no § 2.º do art. 305 do Projeto do novo CPC.

O direito de rever, reformar ou invalidar a tutela antecipada, previsto no § 2.º do art. 305 do Projeto do novo CPC, extingue-se após dois anos, contados da ciência da decisão que extinguiu o processo, nos termos do § 1.º do mesmo dispositivo.

Na verdade, o prazo de dois anos deve ser contado da ciência da decisão que determinou o arquivamento do processo, nos termos do § 1.º do art. 305 do Projeto do novo CPC

Se não for proposta a demanda prevista no § 2.º do art. 305 do Projeto do novo CPC no prazo de dois anos a contar da ciência do arquivamento dos autos, a estabilidade da tutela antecipada concedida tornar-se-á definitiva, não podendo mais ser objeto de reanálise, nem mesmo de ação rescisória. Poder-se-á dizer que a tutela estará albergada pela coisa soberanamente julgada.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- Análise da tutela antecipada no projeto da Câmara dos Deputados no novo CPC, de Artur César de Souza - Primeira Parte - *RePro* 230/127 (DTR\2014\1070);
- As tutelas de urgência no projeto de novo Código de Processo Civil, de Desirê Bauermann - *RePro* 224/425 (DTR\2013\9323);
- Reforma do sistema processual civil brasileiro e reclassificação da tutela jurisdicional, de Teori Albino Zavaski - *RePro* 88/173 (DTR\1997\408); e
- Tutelas de urgência satisfativas autônomas, de Guilherme Cardoso Antunes da Cunha - *RePro* 227/141 (DTR\2013\12488).